POR DON MELCHOR DE ALMANÇA,

CON

EL CANONIGO DON ALONSO de Noguera, como Curador ad litem de doña Eugenia de Cerbera, hija de Bartholome Cerbera, en el pleyto de ſus acreedores.

1 PRETENDE el dicho Don Melchor de Almança, que ſe confirme la ſentencia de viſta, en que eſtà mandado pagar en tercero lugar.

2 Y para obtener, porque la otra parte, ſolo ha referido vn hecho, como lo ha meneſter, para juſtificar ſu pretenſion; ſerà neceſſario hazer en el, antes de entrar a tratar de la juſticia deſta parte algunos preſupueſtos.

3 Lo primero, que el dicho Don Melchor de Almança, es acreedor de Lucas Cerbera, por cabeça de doña Fabiana Mexia (que por ſu dote lleuò a ſu poder mas de 12U. ducados de plata) en cantidad de mil ducados de principal, con ſus reditos, que por executoria deſta Real Audiēcia, litigada en contraditorio juyzio con el dicho Bartholome Cerbera, le eſtan mandados pagar.

4 Lo ſegundo, que el dicho Lucas Cerbera pretendio eſcuſarſe de dar ſatisfacion al dicho don Melchor de Almança; y que eſte pleyto ſe lleuaſſe al Conſulado, y que no conocieſſe el Teniente de el, por ſer el dicho Lucas

Cerbera hombre de negocios, y auer faltado de su credito.

5 Lo tercero, que no auiendo podido obtener, que este pleyto se lleuasse al Consulado, introduxo otra defensa; que fue dezir: que el heredamiento del Gordillo, con todo lo que le pertenece, era bienes propios suyos, y no del dicho Lucas Cerbera su padre.

6 Lo quarto, que por no auer otros bienes de que cobrar mas que el dicho heredamiento, el dicho don Melchor pretendio ser bienes propios de el dicho Lucas Cerbera, que le auia puesto en cabeça de el dicho Bartholome de Cerbera su hijo, por ser hombre de negocios, y escusarlo de sus acreedores. Y que quando no lo fuera, con el dinero de la dote de la dicha doña Fabiana, le auia mejorado en mas de seys mil ducados despues de casado; y que de su precio, o de el de las dichas mejoras, en qualquiera acontecimiento se le auia de pagar su credito. Esta alegacion probò el dicho don Melchor por varios medios.

7 Lo primero, con el inuentario, que por onze de Iulio del año pasado de seiscientos y treinta y vno hizo el dicho Lucas Cerbera, disuelto el matrimonio de la dicha doña Fabiana Mexia, como su Albacea, para que constasse los bienes q̃ dexó, y su capital: en el qual, la primera partida es del tenor siguiente, que està a fo. 56. deste pleyto.

PARTIDA DEL INVENTARIO.

8 *Primeramente, vna heredad de viñas, y oliuar, y tierra calma con su casa, lagar de madera, y bodega con quarenta tinajas para vino vazias, grandes, y pequeñas, que estan en esta ciudad, al pago del Gordillo.*

9 Lo segundo, prueba este intento el dicho dõ Melchor de Almança con vn testimonio de vna peticion, firmada del dicho Lucas Cerbera, que empieça: *Lucas Cerbera vezino desta ciudad*, presentada en 10. de Março del año pasado de 634 ante el Prouisor de este Arçobispado; en la qual el dicho Lucas Cerbera dize vna clausula de el tenor siguiente fol. 112.

CLAVSVLA DE LA PETICION.

10 *IMpondre a tributo en fauor de la dicha Capellania los dichos mil ducados de bellon, al redimir, y quitar a razon de veinte mil el millar sobre la hazienda que tengo en el heredamiento que dizen del Gordillo, termino de esta ciudad.* Y concluye diziendo: *A v. m, pido, y suplico mande se haga como aqui se contiene, que yo estoi presto de hazer, y otorgar en la dicha conformidad la dicha imposicion sobre la dicha mi hazienda, de los dichos mil ducados.* Los quales son los mesmos que ha de auer y cobrar el dicho dõ Melchor de Almança, que los ha lastado.

11 Lo tercero, prueba este intento con dos certificaciones que sacò, la vna de el juzgado del vino, que le dio Andres Mendez de Miranda, Escriuano de el; por donde consta, que el dicho Lucas Cerbera aforaua los frutos de la dicha heredad, por su cosecha, procedidos de su haziẽda, y por otra certificacion, dada por *Pedro* de Yllanes, fiel de la puerta de Macarena, por donde entra el vino de la dicha heredad.

12 Lo vltimo, prueba este intẽto cõ prueba de testigos en el pleyto cõ el dicho Bartolome Cerbera, fol. 118. q̃ el primero es Sebastiã Rodriguez: q̃ dixo, auer sido criado del dicho dõ Melchor de Almança y q̃ estando en casa de el dicho don Melchor en el tiempo que le seruia, oyò dezir al dicho Lucas Cerbera, y su muger, que la dicha heredad era de los susodichos, y no de el dicho Bartholome de Cerbera; no obstante, que estaua en su cabeça, en cuyo nombre la auia comprado por sus deudas, y acreedores. Y vio este testigo, como persona que trabajò en ella, que el dicho Lucas Cerbera la cultiuaua, y goçaua de sus frutos. Y mas dize este testigo en la tercera pregunta, que el dicho Bartholome Cerbera auia confessado muchas vezes, que aunque la dicha heredad de el Gordillo estaua puesta en su cabeça, pertenecia a el dicho su padre, por auerselo oydo dezir a el dicho Bartholome Cerbera en muchas ocasiones en casa del dicho don Melchor. Y en la quarta pregunta dize, que el dicho Lucas Cerbera, des-

pues

pues de casado con la dicha doña Fabiana, de el dinero de su dote, porque no tenia otro caudal, mejorò la dicha hazienda en mas cantidad de seys mil ducados, que tiene de mas valor del que tenia al tiempo y quando se vendio, deponiendo de vista, y dando muy buena razon de su dicho, de que pudo tener muy buena noticia en el tiempo que siruiò a el dicho don Melchor, por ser yerno de la dicha doña Fabiana.

13 El segundo testigo, es Maria de Sandobal, muger del dicho Sebastian Rodriguez; la qual dize, auer estado en casa del dicho don Melchor de Almança en las generales; y que sabe que la dicha heredad del Gordillo eran bienes propios del dicho Lucas Cerbera. porque vido que la tuuo, y poseyò por tales sus bienes, y beneficiò, y desfrutò; y porque se lo oyó dezir a el dicho Lucas Cerbera, y a el dicho Bartholome Cerbera, que la dicha heredad era de el dicho su padre, en casa del dicho dō Melchor; y dize, que el dicho Lucas Cerbera goçaua de sus fructos, y aprouechamientos, y no el dicho Bartholome Cerbera. Y en quanto a las mejoras, dize lo mismo que el testigo de arriba.

14 El tercero testigo es Iuan Luys, el qual en las generales dixo auer sido aperador de la hazienda de el dicho dō Melchor, que la dicha heredad, con todo lo que le pertenece, fueron bienes propios de el dicho Lucas Cerbera, y que como tales, se los vido tener, labrar, y mejorar; y q̄ goçó de todos sus aprouechamientos, mientras viuio; y que le vio pagar a los trabajadores que trabajauan en ella; y que vendia el vino y azeyte que della resultaua. Y oyò dezir por publico, que aunque la dicha hazienda estaua en cabeça de Bartholome Cerbera, su hijo, auia sido por las deudas que tenia el susodicho. Y assi le parecio a este testigo y tiene por cosa cierta, y sin duda, que la dicha hazienda era del dicho Lucas Cerbera, y no de el dicho Bartholome Cerbera. Y mas dize este testigo, que entrando vn dia en casa de la dicha doña Fabiana, oyò ruydo entre la susodicha, y su marido; y que dezia el dicho Lucas Cerbera hablando con la dicha su muger, que no importaua

que

que la dicha hazienda eſtuuieſſe en cabeça de ſu hijo, ſupueſto que goçaua de ella; y que ſi la auia pueſto en ſu cabeça, era por ſus deudas. Y en quanto a las mejoras dixo, que ſabe, que deſpues de auerſe caſado el dicho Lucas Cerbera con la dicha doña Fabiana, vido que mejorò la dicha heredad en mas cantidad de ſeys mil ducados; porq̃ vido que le puſo eſtacas de oliuos, y hizo viñas, y otros muchos mejoramientos, de que tenia neceſsidad la dicha hazienda, lo qual no auia hecho el dicho Lucas Cerbera haſta que ſe caſó, reſpecto de que eſtaua muy alcançado: y que era publico y notorio, que con la hazienda de la dicha doña Fabiana, y de ſu dote, que lleuò mucho en dinero, auia hecho los dichos mejoramientos: lo qual dixo ſabia, como perſona que los trataua, y viſto hazer los dichos mejoramientos.

15 El quarto teſtigo es don Geronymo de Albadam, y no le tocan las generales. Eſte teſtigo dize, que oyò dezir a el dicho Lucas Cerbera, en caſa de don Melchor de Almança, en cuya caſa aſsiſtia muy ordinario, que la dicha heredad, no obſtante que eſtaua en cabeça de Bartolome Cerbera ſu hijo, era ſuya propia, y el teſtigo lo tuuo por cierto reſpecto, de que el dicho Lucas Cerbera pagaua la gente que eſtaua en la dicha hazienda, y goçaua de los aprouechamientos, y fructos de ella: y que oyò quejar a la dicha doña Fabiana, que porque ſiendo la dicha hazienda de el dicho Lucas Cerbera, y que eſtaua gaſtando en ella muchos ducados de ſu dote en mejorarla, la auia de tener en cabeça de ſu hijo, y no en la ſuya, para que ſe conocieſſe lo que gaſtaua en ella. A lo qual le reſpondio el dicho Lucas Cerbera, que ſi la auia pueſto en cabeça de ſu hijo, era por librarla de las deudas que tenia: a lo qual el teſtigo ſe hallò preſente. Y en quanto a las mejoras, dize, ſer publico, y notorio, que al tiempo, y quando caſó la dicha doña Fabiana con el dicho Lucas Cerbera, el ſuſodicho eſtaua alcançado con muchas deudas; y que con el dinero de la dicha doña Fabiana, que lleuò mucho, auia mejorado la heredad en mas de ſeys mil ducados: ſabelo el teſtigo, porq̃ vido la dicha heredad mejorada deſpues

de casados; y tiene por cierto, que fue con el dinero de la dicha doña Fabiana.

16 El quinto testigo es Christoual Fernandez, no le tocan las generales, aunque fue criado de la dicha doña Fabiana; y dize, que aunque la dicha heredad estaua en cabeça de Bartholome Cerbera, era de Lucas Cerbera; porque el testigo via que el dicho Lucas Cerbera la tenia, y posseía, y goçaua de sus fructos, y aprouechamientos, y pagaua a los trabajadores: y porque le oyò dezir a el dicho Lucas Cerbera que la causa porque la tenia puesta en cabeça de el dicho Bartholome de Cerbera su hijo, era, por ser hombre de negocios, y tener muchas deudas; porque no se la quitaran sus acreedores. Y en quanto a mejoras dize, que sabe, que quando casó el dicho Lucas Cerbera con la dicha doña Fabiana estaua muy alcançado, y con muchas deudas; y qde con el dinero que la dicha doña Fabiana lleuò en dote, auia mejorado la dicha heredad en mucha cantidad de dinero, dize, de publico, y notorio, y hauerlo visto ser, y pasar assi: y que antes que la dicha doña Fabiana casara con el dicho Lucas Cerbera, le auia dado cantidad de dineros en plata, que serian quatro mil ducados, que pasaron por mano de el testigo, de que el dicho Lucas Cerbera otorgò escriptura a que se remite.

17 Estos testigos se presentaron en el dicho pleyto entre don Melchor de Almança, y Bartholome Cerbera, en la primera instancia, y se han ratificado en este pleyto, con el dicho don Alonso de Noguera; en el qual el dicho don Melchor ha presentado a Esteuan Martin, no le tocan las generales: y dize, que tuuo el dicho heredamiēto por bienes de Lucas Cerbera, por auer trabajado en el de su ordē; el qual le pagò los jornales, y porque le vido goçar de sus frutos: y tiene por cierto, que era dueño el dicho Lucas Cerbera, y que no lo era Bartholome de Cerbera su hijo; porque el testigo cabó en el dos años, por orden de el dicho Lucas Cerbera, que le pagò los jornales. Y que trabajando en la dicha heredad, le oyò dezir a el dicho Lucas Cerbera, que la dicha heredad era suya, no obstante que estaua en cabeça de su hijo. Y en quanto a mejoras dize

de

de algunas que se hizieron por ordẽ del dicho Lucas Cerbera, mas no dize de su precio.

18 Esto es lo que dizen los testigos: y en los interrogatorios se articulò por el dicho don Melchor cumplidissimamente lo necessario: y en particular, en quanto a las mejoras, como se verà en ellos; en cuya relacion, ni en la de la probança desta parte, la contrariô, no procedio fielmente en su papel.

19 Lo quinto se supone, que el dicho Bartholome Cerbera, solo articulô en la primera instancia, que el dicho heredamiento era suyo, comprado con su dinero, en que presentò algunos testigos. Y en la segunda instancia articulò que la auia mejorado con dinero suyo propio, aunque no lo probò.

20 Lo sexto: que con estos recaudos, y probança, se pronunciaron las sentencias de vista, y reuista, que la parte contraria refiere en su informe, menos el testimonio, y certificacion de la entrada, y juzgado del vino, que se presentó en esta instancia.

21 Lo septimo, se supone, que viendose el dicho Bartholome Ceruera vencido, hizo asiento con el dicho dõ Melchor de Almança, en que le dio el administracion del dicho heredamiento, para que de sus fructos, y aprouechamientos se fuesse haziendo pagado de los marauedis que huuiesse de auer, socorriendole en cada vn año con cantidad de marauedis para sus alimentos. Y auiendole alcãçado en cantidad de ellos, y estando administrando la dicha heredad, el dicho don Melchor, como parece por la escriptura presentada en este pleyto fol. 818. porque no se hiziera pagado el dicho don Melchor de los marauedis que se le deuian, y que auia pagado de corridos, de tributos, y de alimentos, y en el beneficio de la dicha heredad, y fructos de la cosecha del año de 40. estando pendientes se formò maliciosamente por el dicho Bartholome Cerbera este pleyto de acreedores, haziendo que sus hijas se opusiessen a el, por la dote de su madre, y se nombrò administrador, que ha beneficiado los dichos fructos, y hazienda.

Lo

22 Lo vltimo se supone, que por las razones dichas, fue graduado y mandado pagar el dicho don Melchor de Almança, en el lugar que se ha referido: la qual sentencia pretende se confirme, cuya justicia breuemente se procurarà fundar en este papel, en tres articulos.

23 En el primero se tratarâ de la cosa juzgada, y que no son partes las hijas del dicho Bartholome Cerbera, para lo que pretenden.

24 En el segundo, lo que toca a la simulacion, y confiança.

25 Y en el tercero, lo tocante a mejoras.

Dominus illuminatio mea.

ARTICVLO .I.

1 DIZE la parte de los menores en el n. 37. y 38. de su papel, que no ay cosa juzgada contra ellas, que les impida su pretension quanto quiera que la aya contra el dicho Bartholome Cerbera su padre, por ser por la dote de su madre, sus acreedoras hipotecarias ex responso Papiniani in l. si superactus, ff. de pignoribus.

2 A que se responde, que la disposicion de la dicha ley se limita en dos casos. Lo primero, quãdo el acreedor sabe q̃ el deudor litiga sobre la propiedad de la cosa empeñada, y no se lo contradize, vt notatur in dict. l. & in l. sepé. ff. de re iudicata, ley 20. tit. 22 parti 3. ibi: *Otrosi dezimos, que si alguno de otro tiene alguna cosa empeñada, e viesse, y supiesse, que aquel que se la empeñar a entra en pleyto con otro sobre el señorio de ella, e el no lo contradize, que entonce si aquel que se la empeño fuere vencido, el juyzio que diessen contra el torna a daño a aquel que tenia la cosa, a apeños.* Ex multis notant Couarruv. practicar. c. 13. n. 7. Scaccia de re iudicat. gl. 14. q. 22. n. 17.

3 Y en esta limitacion parece que estamos, porque siendo el dicho Bartholome Cerbera, padre, y legitimo administrador de las dichas sus hijas, que estan debaxo de su patria potestad, a quien toca el gouierno de sus personas, y bienes; y el mouer sus pleytos, y defenderlos, ex tra-

ditis

ditis á Pinel. in l. 1. de bon. mater. 2. p. n. 63. Paschalio de vir. patripotest. 1. p. c. 2. n. 27. supo que se mouia, y seguia el dicho pleyto, porpue lo hazia el mesmo; mediante lo qual, ni el susodicho como padre y legitimo administrador de las dichas sus hijas, puede impugnar la dicha executoria, ni las dichas sus hijas, por estar debaxo de su patria potestad.

4 La segunda limitacion es, quando non rei traditione constituitur pignus, sed sola obligatione, como en nuestro caso, en el qual no huuo entrega de esta heredad, sino que, o por la legal, o conuencional se dize està obligada a la seguridad, y paga de la dote de la madre de las dichas menores.

5 Y en este, siendo el dicho Bartholome Ceruera el principal interesado, y a quien en primero lugar tocaua la defensa de la dicha heredad, auiendo litigado con el, y vencidole, lo quedaron todos los que secundariamente, & in consequentiam reciben daño, y tienen interes (vt ex multis iuribus, & authoritatibus docet D. Molin. de primog. lib. 4. c. 8. n. 3. & eius addicionator. D. Castillo. tomo 5. contro. 2. p. c. 157. D. Valençuela 2. tomo con. 121. n. 152. Salgado de reg. protect. 4, p. c. 8. n. 310. D. Melchor de Valentia in tract. illustr. lib. 2. tract. 2. cap. 10. num. 17. D. la Rea dec. 77. n. 10. Y nos lo enseñò V. S. a la vista de este pleyto, como lo son los dichos menores: la limitaciõ es de Gregorio Lopez, con Alexandro, y otros; y sus palabras las que se siguen: *Videas etiam ibi per Alex. col. 38. & 39. vbi post Raphael singulariter limitat, & intelligit illam legem, etiã secundum literam Pisanam, de qua dixi videlicet quod ita demum sententia lata contra debitorem super proprietate pignoris preiudicet credisori scienti, & tacenti litem agi quando pignus fuit constitutum rei traditione, secus si tantum nuda conuentione nam tunc non habet locum d. l. neque. l. ratio quia si conuenitur debitor rei vindicatione non potest dici quod defensio principaliter spectet ad creditorem, sed ad debitorem, & ista limitatio satis videtur probari in ista lege tam ex eo quod dicit, empeñara, e tomara à peños; cum pignus propriè sit per traditionem, l. si rem alienam, § propriè, ff. de pign. act. quam ex eo quod inferius dicit, que es tenudo de la entregar*

C

gar el vencedor, & quia isto casu urget illa ratio quod primo loco spectat defensio ad creditorem, quia rem possidet in tantum quod debitor non posset conueniri rei vindicatione. l. serui nomine. ff. de vsucap.

6 Contra lo qual, no obsta dezir que la parte del dicho dõ Melchor no se ha valido de la dicha executoria; y que quando lo huuiera hecho, ha consentido que se ventile, y dispute en este pleyto sobre lo mesmo, con que era visto renunciar el derecho de la dicha executoria.

7 Porque se responde, que lo primero que alegò en este pleyto el dicho Melchor fue dezir, que del precio del dicho heredamiento se le auia de pagar su credito, por ser bienes de Lucas Cerbera, y no de Bartholome Cerbera, conforme a la executoria con el susodicho litigada, que le auia de parar perjuyzio a las dichas sus hijas, aun que no fuessen citadas, ni llamadas al dicho pleyto, por las razones que se han dicho, como parece de sus alegaciones fol 817. y 865, del primero ramo.

8 Y tambien se responde, que no pueden las partes consentir, ni hazer que la cosa juzgada dexe de serlo, ni que la segunda sentencia contra ella valga, l. 13. tit. 22. part. 3 ibi: *Si juyzio fuesse dado cõtra alguno, de q̃ ninguna de las partes no se alçassen, y despues mouiessen aquellas mesmas partes otra vez el pleyto sobre aquella cosa misma, e en aquella manera, e diessen otro juyzio contra el primero, dezimos que no vale, el segundo.* Vbi Gregor. glo. 2. ibi: *Extendet istam conclusionem, etiam, si secunda sententia proferatur de consensu partium glossa notabilis, & singularis in l. diuersa. C. de transact. nam licet possit renuntiari per partem iuri quæsito ex sententia prima vt in l si iudex de minor. non tamen consensus partium roborare potest secundam sententiam contra primam quia cum sententia nulla sit consensus accessorius est nullus.*

9 La segunda parte deste articulo, que no sean partes las dichas menores para lo que pretenden, se prueba, por ser ansi q̃ estan debaxo del poderio paternal, durante el qual, ni pueden parecer en juyzio, ni mouer acciones algunas contra su padre; y porque no ha llegado el caso de la restitucion de la dote de su madre, que dexó de serlo, y possee el dicho su padre, como bienes aduentricios de las di-

chas

chas ſus hijas, como ſu padre , y legitimo adminiſtrador, de que le toca el vſufructo durante ſu vida, y por ſu cabeça a ſus acreedores Anto. Fabro lib. 6. tit. 34. difi. 5. ibi: *Mutatur enim cauſa poſſeſionis defuncta in matrimonio muliere, nec fieri poteſt, vt ex cauſa dotis bona poſsideantur eo tempore, quod ſicut matrimonium nullum, ita dos amplius nulla ſit, & ſi autem dos matris defunctæ cum cæteris bonis maternis, ad liberos ſuperſtites hæreditario iure deuoluitur, ex quo tamen locus factus eſt reſtitutioni pecunia iam deberi incipit, cuius petitio aduerſus patrem ſiue diuitem, ſiue inopem competere proculdubio nulla poteſt, non ſolũ quod inter patrem, & filium familias iudicium nullum exerceri poſsit, ſed etiam quia bonorum maternorum omnium vſusfructus ad patrẽ pertineat.* El lib. 6. tit. 34. difi 3. ibi. *Liberi ijdemque hæredes matris non habent iuſtam intercedendi cauſam pro materna dote pecuniaria ſi paterni creditores viuo patre iudicatum exſequantur in eas res quas pro dote obligatas conſtet etiam ſi adſit clauſula conſtituti cum bonorum maternorum defuncta vxore, non ſecus ac dotis ipſius quandiu dos fuit vſusfructus ad patrem pertineat.* Et difi. 5. ibi: *Bona vero quæ mulieri conſtante matrimonio tradita fuerant, vt ei pro dote cautum eſſet ad maritum pleno iure reddeunt, & conſequenter in eorumque fructus perſecutio mariti creditoribus non denegatur. l. creditoris. 8. ff. de diſtractione pignoris.* Con lo qual ſe da fin a eſte articulo.

ARTICVLO .II.

1 LA otra parte dize, que eſta heredad, es bienes propios de Bartholome Cerbera, que la comprò con ſu dinero, y no de el dicho ſu padre, con que pretende excluir la pretenſion de el dicho don Melchor de Almança, y ſuſtentar la hypoteca, que dize tener en ella por la dote de ſu madre.

2 Lo primero, porque lo ha probado con teſtigos, cuyos dichos refiere.

3 Lo ſegundo, porque dize lo ha probado con la eſcriptura de venta de la dicha heredad, que pagô el dicho Bartholome Cerbera, de que le han reconocido por dueño; y

que

que contra los dichos instrumentos no se admite excepcion de simulacion, sino es probandose plenissimamẽte, o por otro instrumento, por estar la presuncion de solemnidad, y verdad, por el que tiene el instrumento publico en su fauor.

4 Lo tercero, que ni esta parte prueba la simulacion, ni causa de ella, lo qual es necessario, por no poderse alegar sin causa.

5 Lo vltimo, que aunque se probara, que el dicho Lucas Cerbera huuiera dado el dinero para la compra de la dicha heredad, auiendose hecho en cabeça de el dicho Bartholome Cerbera su hijo, y entregadosele su possesion, se le auia adquirido el dominio de ella, y no al dicho su padre, mediante lo qual no podia estar hypotecada a la seguridad, y paga de la dote de la dicha doña Fabiana Mexia, y que lo estaua a la de la madre de los dichos menores.

6 Pero sin embargo destos argumentos, quia rerum veritas latere non potest. c. quis, 22. q. 2. & nihil est tam fortè, quam veritàs, vt ex mente Salomonis repetit illud, forte vinum fortior est Rex, fortiores sunt mulieres, sed super omnia veritas Bald. in l. executorem, C. de execut rei iud. quanto magis tegitur tanto magis expulsis nebulis clara apparet Castro con. 23. lib. 1. Assi se manifiesta la simulacion, o dissimulacion deste contrato: y aunque por consistir en auer supuesto vna persona por otra, vt notant Dec con. 543. n. 19. & Thuscus litera S. conc. 262. n. 22. y hazerse ocultamente, y ser de dificultosa probança, mayormente entre padre, y hijo, vt ex multis notat Gracian. discept. for. c. 255 n. 7. ibi: *Quod sicut inter coniunctos præsumitur fraus, ita magis est præsumenda, fiducia, & simulatio*. se prueba por conjecturas, y presumpciones. Dec. con. 544. & 659. n. 2. ex Bald. Paul, de castr. Alex. que da la razon, ibi: *Simulationes occultæ fiunt, & non adhibentur testes, & alter de altero confidit, & ideo, ex coniecturis simulatio probatur* ex multis Thuscus litera, S, cõc. 263. Ant. Fabro tit. 17. lib. 4 dif. 1. ibi: *Simulatio autem cum in simulantis animo consistat dificillimæ probationis est, ideoque etiam per coniecturas probari potest præsertim si inter personas suspectas, & prohibitas dicatur interuenisse.*

Aze-

Azebedo in l. 1 tit. 8 lib. 4 recop. Y por testigos de oydas y fama Noguerol nouissimè alleg. 10.

7 Mayormente allegandose por vn tercero que no participò de ella Bald. in l. emp. C. plus valeret, vbi Salicet. Rota diuer. dec. 116. n. 11. p. 1. Menoch. de arbitr. lib. 2. casu 31. n. 26 Farinac. vbi sup. n-29 & 249. Ant. Gomez in l. 45. Taur. num. 85. en nuestro caso tenemos mucho mas.

8 Lo primero se pondera, que aunque la escriptura de venta de la dicha heredad se hizo en cabeça de el dicho Bartholome Cerbera, no la posseyò, sino el dicho Lucas Cerbera su padre, el qual la labraua y beneficiaua, y mejorò; y goçaua de sus fructos, y por suyos, de su propia cosecha, los entraua en esta ciudad, y disponia de ellos. De que se infiere la dicha simulacion y confiança, arg. l. sicut. §. supervacuum, & ibi Bart. ff. quibus mod. pign. vel hip. sol. Bald. & Salicet. in l. emptione, C. plus valere quod agitur. Dec con. 589, n. 8. Decian. respon. 62, num. 39. vol. 3. Noguerol. d. alleg. 10. n. 40. Gracian. d. cap. 255. nu. 24. Y ser la dicha heredad de el dicho Lucas Cerbera, quia ex eorum perceptione probatur possessio. l. Titia. ff. de sol. Gratian. discept. c. 615. nu. 31. & ex ea dominium, l. cum res, 12. l. siue posidetis, 16. C. de prob. l. Titia 48 ff. de solut. Ant. Fabro lib. 4, tit 14. diff. 40. ibi: *Dominij quidem præsumptio ex sola possessionis probatione colligi, & inferri solet*. De que fortissimum argumẽtum simulationis, se infiere Bal. in l. multum interst. C. si quis alteri Ruin. con 170. vol. 4. ibi: *Et tanto magis hoc procedit si apparere possit quod Petrus Paulus fructus percepit, & solus per aliquod tempus commodum habuit.*

9 Lo segundo, se pondera, proceder tanto mas de lo dicho, por ser esta simulacion y confiança, entre padre, y hijo; entre los quales suelen pasar muy ordinariamente, vt considerat Decius con. 659. Aymon, con. 82. num. 5. ex multis Farinac. de simul. q. 164, n. 136. Y aunque el parentesco, no basta para presumir la dicha simulacion cõ otro qualquiera adminiculo, o sospecha sobra, como con Alexandro, y otros muchos lo nota Farinac. vbi proximè nu. 137.

137. y Graciano dict. cap. 255. n. 29. ibi: *Ita vt etiam in probanda huiusmodi simulatione sufficiat vna præsumptio, aut coniectura quicquid aliud sit in probatione contractus simulati, & fenerati simul in quo requiruntur duæ, vel tres, &c.* que es el caso en q̃ lo resueluen los Doctores, que requieren mas probança: y que la suya en este caso ex dictis, & dicendis constabit.

10 Lo tercero, se prueba la dicha simulacion por la fama y publica opiniõ, de que esta heredad, era bienes propios de el dicho Lucas Cerbera, que por serlo constante, se le ad mitia el registro de sus fructos, por de su cosecha, y se los dexauan pasar, y entrar en esta ciudad libremente, como parece de los testimonios de los fieles, la qual publica voz y fama se prueba constantemente con muchos testigos que lo deponen, y consiguientemente, la dicha simulacion, cap. cum diocesi. vbi glos & Inocẽ. de vsuris Thuscus verb. simulatio conclus. 160. n. 34. Farinac. de simul. q. 162. n. 114. Mantic. de tac. & amb. lib. 8. tit. 20. n. 29. nouissimè Noguerol alleg. 10. n. 62.

11 Lo qnarto, la dicha simulacion se prueba por la confession geminada que haze el dicho Lucas Cerbera en la peticion que presentò ante el Prouisor, que tiene aceptada esta parte, adonde llanamente confiessa ser bienes suyos propios la dicha heredad, la qual haze plena probança, l. cum precum, C. de liberal. caus. l. 1. C. de instit. & subst. l. prædia. C. de prẹd. min. l. mercalem, C. de cond. obturp. caus. aunque no preceda interrogacion, Antonio Gomez lib. 3. var. c. 12. nu. 4. ibi: *Confirmatur quia eaque quis asserit in libello videtur confiteri tam in ciuilibus quã in criminalibus.* Surd. con. 50. num. 19. y por la confession, y declaracion hecha en el inuentario de bienes que hizo por muerte de la dicha doña Fabiana Mexia, adonde la inuentaria por menor, por bienes, y capital suyo propio, que dixo auer lleuado al dicho matrimonio; la qual confession, y declaracion bien se dexa entender, que fue voluntaria, y no para releuarse de vexaciõ alguna, como dize la otra parte, que fue el ofrecimiento que hizo ante el Prouisor en la dicha peticion: de la qual geminacion de confessiones resulta la mayor certeça, y deliberacion de ellas, ex traditis in l.

Ba-

Balista, ff. ad Trebelian. Zeballos, quæstione 878. num. 72.

12 Contra lo qual no obsta dezir que la confesion del dicho Lucas Cerbera no le puede causar perjuyzio a el dicho Bartholome Cerbera, no auiendo estado por ella.

13 Porque se responde, que si haze, quando es verosimil, como en nuestro caso Auth. hoc ius porrectum, C. de sacrosanct. Eccl. Riminal. con. 379. n. 19. & con. 383. Parlador. lib. 2. cotidian. cap. 14, n. 3. D. D. Iuan del Castillo ex multis lib. 5. cap 11. Surd. con 190. n. 47. Y ninguna mas que las que se han referido, por auerse comprado esta heredad siendo el dicho Bartholome Cerbera su hijo de familias, glos. in l. cum oportet, C. de bon. quæ liber. verbo ex eius substãtia Bal. in l. iubemus, §. in supradictis, C. ad Trebelian. Socin. con. 61. n. 8 lib. 4. Y porque siendo en los padres natural afecciõ el adquirirles riqueças a sus hijos, y darselas, aunque sea con su propio daño, l. scripto, ff. vnde liberi, l. amicissimos, ff. de excusat. tutor, l. Aurelius, §. Titius de liber. leg. vnde Virgilius.

Omnis in Ascanio chari stat cura Parentis.

Cornelio Tacit. in vita Neron, annal. lib. 14, cuyo imperio comprò Agripina su madre con la muerte de su marido, y la suya preuista, Rebuf. in l. 8, ff. de eo quod meth. caus. §. hæc ibi: *Et plus diligit pater filium quam seipsum ad hoc allegatur iste tex. & aliquando vltra quam deceat nam multos dãnatos patres in inferno propter filios referunt Theologi.* Es cierto que no se la auia de querer quitar siendo suya, para descriuirla en su inuentario, ni empeñarla, ni sujetarla a que se la pudierã quitar sus acreedores, Trentacin. lib. 1, con. 20, n. 13. Y por esta verosimilitud bien se prueba la simulaciõ Dec. con. 644, n. 6, Ciriac. tom 2, controuer. 219, à nu. 76, Decian. respons. 66 tom. 3. n. 74. Noguerol, alleg 10. nu. 70, por colegirse, como se colije de vna razon tan natural que omne iudicium dirigit humanum, l. 1. §. id quod, ff. de act. & oblig. l. 1, §. parens, ff. de liber. agnos. l. itaque, ff. ad l. Aquil. l. 1. vbi glos. ff. si certum petatur; por la qual se deue gouernar el Iuez, como si fuera ley, vt considerat Decianus, resp 62. à n. 74, para la probãça de la simulaciõ.

Lo

14 Lo vltimo, se prueba la dicha simulacion por la confession de el dicho Bartholome Cerbera parte formal, la qual està probada con dos testigos contestes, que le oyeron dezir muchas vezes en casa de el dicho don Melchor de Almança adonde concurria por ser entenado de la dicha doña Fabiana Mexia, suegra de el dicho dō Melchor; que aunque la dicha heredad estaua puesta en su cabeça, no era suya, sino de el dicho Lucas Cerbera su padre, por la qual confession se ha de estar, por no auerse hecho para obligarse, sed ad probandam mentem contrahentium super contractibus iam in esse productis Angel. in auth. de hæred. & fal. §. si vero expressim in 4, col. per illum tex ex multis Decian. respon. 62 n 53, vol. 3, ibi: *Quod ad declarandam voluntatem, & mentem non requiritur partis presentia, vt tradit Dec. con. 35, col. 2.* Y por ser geminada, y porque quando no lo fuera, concurren con ella los adminiculos y coniecturas que se han considerado Dacian. vbi proximè Farinac. vbi sup. q. 162, à n 116 la qual es la mejor probança que el derecho reconoce, l. cum te, 5. C. de transact. l. generaliter, C. de non numer. pecu. Ant. Fabro. C. lib. 2, tit. 10, difi. 1.

15 Contra lo qual nos obstan las tachas que se ponē a los testigos presentados por esta parte; porque ninguna està probada en esta instancia. Y si la parte contraria dize que la executoria ganada contra dō Melchor, no le puede parar perjuyzio, por no auer sido citado, ni parte en aquel pleyto tampoco puede valerse de los autos, ni probanças de el; y si se vale de ellos, necessariamente le ha de prejudicar la dicha executoria, quia generaliter traditum est, quod acta nocent, & prosunt, quibus, & sententia, cap. inter dilectos, vers. nec attestationes de fide instrum. l. sed, & si possessor, §, fin. ff. de iure iur. D. Molina ds primogen. lib. 4, cap. 8, n. 5.

16 Y porque para poder repeler a vn testigo por criminoso no basta auerse querellado de el, sino que aya sido condenado por tal, l, 3, §. l. Iulia, ff. de testibus, Farinac. de test. tit 6. q. 56. nu. 129. Y porque concurriendo con su dicho los de otros testigos fidedignos, y estando calificado con

los

los instrumentos que se han presentado, que dixo verdad; vale su dicho, mayormente estando como estamos en caso de preuilegiada probança Mascard. con. 464. n. 26. Farinac. vbi proximè n. 163.

17 Y porque en el pleyto principal de la executoria, ni en este no està probado, que el dicho Sebastian Rodriguez, y Maria de Sandoual, por diez y seys de Octubre, de treinta y seys, que fue quando dixeron sus dichos, ni por nueue de Septiembre, de quarenta y dos, que fue quando se ratificaron, fuessen sus criados de el dicho don Melchor, ni que le estuuiessen siruiendo, siendo assi que era necessario que lo probasse de ambos tiempos, pues no basta que huuiessen sido sus criados en alguno para repele-les, o no dar les credito, no lo siendo al tiempo que depusieron, y se ratificaron Bart. in l. Titius, ff. de mil. test. Decian. in materia simulationis respon. 62. lib. 3, n. 41. Farinac. ex multis de testi q. 58. insp. n. 32: antes bien estos testigos son los mejores y mas fidedignos que se pueden hallar, por tratarse como se trata de materias domesticas, y de confiança entre padre, y hijo; las quales se prueban mas biẽ con los criados, y gente domestica, que con los estraños, por la continua comunicacion que entre si tienen, l. consensu de repud. l. quoties, C. de naufr. lib. 10. cap. veniens in fine extra de testibus cap. super prudentia 14, q. 2, ex multis Farinac. vbi proximè â n. 35.

18 Y menos obsta la tacha que se pone a don Geronymo de Albadam, de que era deudor del dicho don Melchor: porque siendo como es vn hombre principal, Receptor que fue del sancto Oficio, quando fuera cierto que fuera deudor del dicho don Melchor; no por esso auia de dexar de dezir la verdad, Soc. Iun. con. 135, n. 12, lib. 1, y por no ser deudor pensionario vt notat Alex. con. 38, lib 1, n 11, Farinac. vbi proximè, q. 6, illat. 10, n. 324, y por auer dicho muy limitadamente, como se vè en su dicho: el qual, si dixera con passion, llenàra las preguntas del interrogatorio; y por concurrir con el otros testigos mayores de toda excepcion; y porque no se prueba fuese deudor del dicho don Melchor, por seys de Septiembre del año pasa-

 do,

do, que fue quando depuso en este pleyto, y se ratificò.

19 Los quales testigos hazen mayor probança, y se les deue dar tanto mas credito por auer dicho vna mesma cosa dos vezes, vna en los autos de la executoria, y otra en estos, como en materia de simulaciõ, lo considera Tiber. Decian. respon. 62, n. 28, lib. 3, ibi: *Quarto, iterum repetitus, & cum iuramento deposuit ex qua duplici depositione, & repetitione arguitur veritas certior.* Bart in l. vlt. C. de testibus, n. 6, Guido Pap. q. 72.

20 Y tambien por estar calificados sus dichos con el testimonio de la peticion que dio el dicho Lucas Cerbera ante el Prouisor, y con el del inuentario que hizo, y con los testimonios de los fieles, por ser asi, que el testigo que se prueba, que en vna parte dixo verdad, se presume que lo haria en todo su dicho, como se dize de el libro particular el qual, aunque no prueba por su dueño regularmente, prueba, si se califica de verdadero, en algunos partidos, como lo notò, en materia de simulacion, por estas mesmas palabras, y argumento Tib. Deciano, responso 62, n. 31, que infiere esta consequencia: *Ergo, si in hoc verum dixit præsumitur, & in alijs verum deposuisset.*

21 Y si la simulacion, y confiança se prueba por conjecturas, y presumpciones, y entre padre y hijo, por vna, y por fama, como hemos probado, y por testigos de oydas, iunctis alijs adminiculis Farinac. de test. q. 69 n. 41, Noguerol vbi proximè n. 7, y por vn testigo Castren. con. 110, Menoc. con. 39, nu. 11, lib. 1, Farinac. con. 201, nu. 28; Noguerol vbi proxime n. 22, mayormente concurriendo con el algunos adminiculos, vt notat n. 23, y por otras probanças irregulares, como comunmente enseñan los Doctores en los lugares ordinarios: quanto mas, se probarà por la probança que esta parte ha hecho de conjecturas, presumpciones, instrumentos, y testigos, y confesiones de las partes; todo lo qual haze vna plenisima probança, ex communi & vulgari regula singulaque non prosunt simul collecta iubant, quando cada cosa de por si no la hiziera, glos. in l. instrumẽnta 5, C. de probat. Bal. in cap. cum causam, n. 2,

de

de probation. lo dixo elegantemente como todo, ibi: *Quod quando vna species influit in alteram, ita quod animus iudicis plene informatur tales probationes non dicuntur singulares, nec discrepantes, sed dicuntur contextuales, & conferentes, seu concurrentes ad eligendam vnam debitam conclusionem; & tunc est vera illa regula quæ non prosunt singula multa iuuant nam intellectus informatur rationibus quæ sunt eius neruij, & ossa iudicij sunt probationes, & caro eius est materia super qua litigatur, & sanguis est veritas, & caput est iudea, & pedes sunt execusio*, Misinger. 2, p, dec. 100, Matta 1, p, ff. tit. de prob. c. 40.

22 Por la qual probança se ha de estar, por auer como ay executoria pronunciada en virtud de ella, vt notat Decian. resp. 62. vol. 3. n. 50. ibi: *Demum huius dictum corroboratur per sententiam latam per quam dictum instrumentum diei primi Martij de quo testis deponit fuit declaratum simulatum, & annullatus contractus, & res iudicata pro veritate habetur.*

23 Contra lo qual, no obsta el primer argumento que la otra parte haze, fundado en su probança; porque in dubio y conflicto de ellas se está por la qee tiene por si la presumpcion de derecho Couarr. pract. cap. zz, n. 7, como la nuestra, segun se ha ponderado, y por la de instrumentos, qual es la de la certificacion de los fieles, y confessiones fechas por el dicho Lucas Ceruera en los presentados, q̃ no se puede solicitar, ni negociar, como la de testigos, Farinacio dec. 9, n. 61, in antiquis. Y porque auiẽdo la otra parte hecho toda su probança despues de auer visto las desta parte, se presume sospechosa arg. cap. fraternitatis, & clement. vnic. de testibus: y por auerla hecho en la quinta instancia de este pleyto; y porque los dichos testigos dizen vna coss inverosimil, de qne no dan raz on, como es, *Que de su dinero propio pagó el dicho Bartholome Cerbera, sin que en ello tuuiesse derecho alguno el dicho Lucas Cerbera su padre*: y contra derecho, pues siendo su hijo de familias, de necessidad le auia de tener en el, ex vulgatissimis regulis iuris. Y deponiendo tan arrestadamente como deponen, y con tanta inuerosimilitud, no se les deue dar credito alguno aunque fueran testigos mayores de toda excepcion, Felinus in capite auditis de præscriptionibus ex multis. Decian. resp. 91

n.441. vol.3. Y aunque fuessen muchos en numero, l. ob carmen, 21, ff. de test. ibi: *Non ad multitudinem respici oportet, sed ad synceram testimoniorum fidem, & testimonia, quibus potius lux veritatis adsistit.* Y porque en caso de duda se deue estar por la probança de la simulacion, vt notat Noguerol, d. allegat. 10, n. 71.

24 Obsta menos el segundo argumento de que se deue estar por la escriptura de venta, y sus claususlas, y reconocimientos que ha presentado, contra los quales es necessario plenissima probãça de que son simulados, sin que basten conjecturas.

25 *Porque* se responde, que en nuestro caso, quanto quiera que en otros proceda otra cosa bastan conjecturas, y presumpciones, por no impugnarse, como no se impugna la dicha escritura, sino la causa de ella, Bald. con. 249. lib. 1, ex multis Decianus, resp. 62, vol. 3, â n. 3, Gracian. c. 255. n. 6 que da la razon, ibi: *Nec facit quod scriptura publica dicatur noli me tangere, quasi præsumptio sit pro eius veritate, quia obijciendo simulationem nihil opponitur scripturæ, nam scire scripturã nõ est solum verba eius legere, sed vim ac potestatem, & sicut vera est scriptura Æsopi, & Fulgentij, sed non est vera fabula ita plerunque vera est scriptura, & verum est quod fuit asserta causa, tamen enunciatio causæ alium sensum habet* Farinacio de simulat. q. 162, p, 2, n. 133, ibi: *Et quòd dicitur requiri concludentem, & manifestam probationem aduersus instrumentum procedit quando dicitur de falsitate instrumenti non si de simulatione quæ instrumentum verũ præsupponit, sed partes simul a te egisse pretenditur hoc enim casu, cum agatur de re dificilis probationis prout dicunt DD. præallegati ideo simulationem coniecturis probari, & aduersus instrumentum verius esse videtur Thuscus conc. 263, n. 7, Rota dec. 140, n. 10.* Las quales conjecturas y presumpciones se dizen, aunque sea cõtra vn instrumento publico, liquidissimas probanças, vt ex multis quos refert docet D. la Rea dec. Granat. 66. n. 34 y los repetidos instrumentos, y sus clausulas todo es ninguno; porque constando ser simulada, y fingida la escriptura principal, todo lo que depende de ella se presume serlo, Paris. consil. 53. nu. 13, Decian. respons. 62, volum. 3, num. 81.

26 Obsta menos el tercero argumẽto, de que no se da causa a esta simulacion, porque se responde, que de lo alegado, articulado, y probado cõsta lo cõtrario, videlicet, que la causa de ella fue estar el dicho Lucas Cerbera pobre, y con muchas deudas, y que por resguardarla de sus acreedores la puso en cabeça de su hijo, como acostumbrã los que tratan de defraudarlos, que es la causa ordinaria de semejante simulacion, y para que obligandose de alli adelãte padre, y hijo, pudiessen tener credito en los negocios que tratauan, estando la dicha heredad puesta en cabeça dẽ el dicho Bartholome Cerbera, que no tenia acreedores, ni deuia deudas; lo qual no se consiguiera si estuuiera en cabeça de el dicho Lucas Cerbera por tenerlos, aũque tuuiera alguna hazienda.

27 Y obsta menos el quarto argumento, de que quando la dicha heredad se huuiera comprado con dinero y hazienda de el dicho Lucas Cerbera, todauia por auerse comprado en nombre del dicho Bartholome Cerbera, y tomado su possesion, se le adquirio el dominio de la dicha heredad, y no al dicho su padre.

28 Porque se responde, que auiendo simulado y hecho en confiança este negocio, ès todo lo contrario, de que el dominio de la dicha heredad, se adquiriò a el dicho Lucas Cerbera, quia veritas præualet scripturæ & simulationi, l. 1. C plus valere quod agitur quam quod simulatè concipitur, & per totum titulum, l. quamuis, C. siquis alteri, vel ibi: *Quamuis instrumento emptionis socrus nomen inscripseris tamẽ si possessionem tenens dominus effectus est ob eam rem frusta calumniam mulieris quamuis ipsa contractus tabulas habeat reformidas.* Y en este caso no se puede considerar la conjectura de donacion, que la otra parte considera, lo primero, quia donatio nunquam præsumitur, l. cum de indebito, ff de probationibus, sed potius, stultitia aut error, vt notat Mant. de ambig. con lib. 13. tit. 9 à n. 1. Lo segundo, porque la voluntad de el dicho Lucas Cerbera, está bastantemente explicada, por las confessiones que hizo en la peticiõ que presentò ante el Prouisor, y en la partida del inuentario, *Farina. vbi proximè, q. 162, n. 118, Decian. con. 62, nu. 53, lib 3.*

Lo tercero, porque estando. como estaua, el dicho Bartolome Cerbera al tiempo que la dicha heredad se comprò debaxo de la patria potestad, no podia consistir donacion que su padre le hiziera de ella, o de su precio, l. donationes quas parentes, C. de donat. inter, l. si pater, C. de inoffi. donat. l. 2. §. si pater, l. si pater filiæ, ff. de vsocap. pro Donato Paschal. de virib. patr. potest, 1. p. cap. 4. n. 22. antes biē por esta mesma razon de ser el dicho Bartholome Cerbera hijo de familias aun en caso que no huuieran vsado de la dicha simulaciō, y confiança la dicha heredad, se le auia adquirido a su padre con todo lo que adquiriesse, por ser peculio, profetiso quod ei peruenit ex patris substantia. l. cum oportet, cum ibi notatis de bonisque liber, §. 1. inst. per quas personas Paschalius vbi sup. c. 3, n. 10, l. 5. tit. 7 partita 4. Y las leyes, y lugares que en contrario se citan proceden en el hijo emancipado que està fuera de la patria potestad: y aunque lo estuuiera, el dicho Bartholome Cerbera no podia tomarse esta conjectura, por auer declarado su animo el dicho Lucas Cerbera, y posseydo la dicha heredad como bienes suyos propios, y desfrutadola, y no el dicho su hijo, como parece del testimonio de los fieles, y clausula del inuentario, y demas probança.

29 Dize la otra parte viendose conuencido de lo que se ha dicho en el n. 34. que de la executoria se colije que el dicho heredamiento no era del dicho Lucas Cerbera, porque tacitamente se da a entender en la sentencia de reuista, en la qual solo se concedio a el dicho don Melchor derecho de retencion por mil ducados, y sus corridos.

30 Pero respondese, que si solo quiere que tengamos executoria por esta cantidad, estamos conuenidos, y no ay pleyto, y pagandosele a esta parte como por la dicha executoria le manda, sea el dominio de la dicha heredad de quien quisiere: pero a la verdad no se puede negar que lo es de el dicho Lucas Cerbera, como se declarò en la sentēcia de vista; la qual se confirmò en la de reuista, con que esto se entendiesse en quanto a los mil ducados, y sus corridos, que se deuen a el dicho dō Melchor, porque no pretende mas: por los quales, como acreedor hypotecario que

que es de el dicho *Lucas Cerbera* por cabeça de la dicha doña Fabiana Mexia, le concedieron derecho de retencion, sin dezir vna tan sola palabra, de que no le pertenecia, ni era suya; porque si esto se acordara, y dixera, en la sentencia de reuista se reuocara la de vista, y no se entrara confirmádo, como se confirma pues no son compatibles declarar como se declaró ser bienes de el dicho *Lucas Cerbera*, el dicho heredamiento en la sentencia de vista, y cōfirmarla en la de reuista, declarando lo contrario, y no lo siendo, sino cosas contrarias, no se deue presumir ni entēder ansi, sino vt non contineant contrarietatem, Fulgosi. con. 158, n. 2, Bart. con. 205. lib. 1. Thuscus verbo sentencia, cōc. 126. n. 11. con que emos dado fin a este articulo.

ARTICVLO .III.

1 EN este articulo emos de tratar lo tocante a mejoras, por las quales deuia obtener la paga de su deuda el dicho don Melchor, quando todo lo que emos dicho en los articulos antes deste cesara.

2 Es cosa cierta que esta heredad quedò mejorada, y que esta parte articulô que el dicho *Lucas Cerbera* con el dinero de la dote de la dicha doña Fabiana Mexia la aumentò, y mejoró en mas cantidad de seis mil ducados, durante el matrimonio, porque antes no pudo, por estar muy pobre; que tiene de mejora, y mas valor, y aumento de renta del que tenia quando se comprò, como se verâ en su interrogatorio, y que lo ha probado, como lo dizen los testigos que se hā referido en el hecho deste papel. Y la otra parte no ha probado auer mejorado la dicha heredad, porque aunque lo dizen sus testigos, no se les deuiendo dar credito a lo demas de sus dichos por las razones dichas Art. 2. nu. 23. menos deue darseles en esto, Bal. in l. fin. C. de edit. D. Adrian tol. n. 18 Ricio 2. p. dec. 3, Farin. con. 78, n. 19, Gracian. discep. for. c. 736, n. 49.

3 Segun lo qual, dezimos que las dichas mejoras se han de restituyr al dicho don Melchor por cabeça de la dicha doña Fabiana su suegra, o pagarle su valor hasta en la cantidad

tidad

tidad de su credito; porque no teniendo de que pagar la dicha do te el dicho Lucas Ceruera, la dicha doña Fabiana es dueño de las dichas mejoras, por auerse hecho con su dinero, aunque no fuera de su orden, ni ella las huuiera fecho, l. vxor pro marito, ff. de don. inter ex multis Anto. Gomez in l. 50, Taur. n. 36 Gutierrez de tutel. 3. p. cap. 1, n. 63, & 87. Iuan Garcia de expens. cap. 18. n. 80. Grego. in l. 49, tit. 5, p. 5 glos. voluntad, ibi. *Si tamen sine vxoris voluntate vxoris emeret tunc in subsidium viro non existente soluendo res empta ex pecunia dotali erit dotalis, & idem si ex pecunia non dotali donata viro ab vxore vir emat.*

Contra lo qual no obsta dezir que lo dicho procederia estando en poder del dicho Lucas Cerbera su marido, no de vn tercero, como oy estan por ser assi, que, o no se da accion para repetirlas por presumirse que las dona el que las haze en hazienda agena; y si se dà es personal, y quando no lo fuera sino hypotecaria, porque la hypoteca de la dote prefiere al que presta, etiam in refectionem, por ser preuilegiada, a que se reduzen todos los argumentos de la otra parte.

4 Porque se responde, que como se ha dicho donacion, no se presume, y aqui tampoco podia consistir entre padre, y hijo, como tambien se ha dicho art. 2. n. 28. Y porq̃ quando pudiera, esta no se podia sustentar en perjuyzio de la dicha doña Fabiana Mexia su muger, y acreedora hypotecaria, por los marauedis de su dote, antes que las dichas mejoras se hizieran, argu. l. 1, C. de priuileg. Fisci, lib. 10. l. in fraudem, ff. de iure fisci, l. cum patrem, C. de priuileg fisci, por tener derecho de reuocarla.

5 Y porque teniendo la dicha doña Fabiana el dominio de las dichas mejoras, por no tener con que pagarle su dote, como se ha dicho, deue preferir a qualesquier acreedores hypotecarios, aunque fuesse posterior, y a las dichas menores, aũq cõcurriessen cõtra vn deudor; quanto mas conuiniendo cada vna al suyo, l. in rebus, C. de iure dotiũ auth. sed quod sin. C. qui potiores in pig.

6 Y aunque esten en poder de tercero se le han de restituir, o pagar su precio, Greg. in l. 49. tit. 5. p. 5. glos. voluntad,

tad, ibi: *Quod tamen si talis extraneus, qui emit rem de pecunia dotali, vel si vir emit vendidit alij tertio possessori, & conuenitur ab vxore nihil in rem in subsidium viro non existente soluendo, & talis extraneus emptor, seu possessor offerat extimationem rei mulieri agentiam liberetur á rei vindicatione: vide per Socin. cons. 224. vol. 2. vbi concludit, quod sic allegat textus pro casu, & Bald. in authen. contra rogatus, C. ad Trebelianum.*

7 Y porque quando las dichas mejoras no se huuieran adquirido a la dicha doña Fabiana, sino al dicho Lucas Ceruera por su cabeça comu acreedora hipotecaria, tenia derecho para repetirlas, o su precio, y el dicho don Melchior por ella, l. nomen, C. quæ res pigo. Surdo cons. 4. Sese 2. tom. decis. 123. Giurba decis. 104. Postio de manutent. decis. vltima. Porque el que mejora tiene derecho de retencion de la cosa mejorada hasta que se le paguen, aunque la possea en nombre ageno, l. colonu s, ff. de vi, et vi armat l. male agitur, C. de præscrip. 30. uel 40. Flamin. de Rub. cons. 56. num. 52 ibi: *Datur enim & ipsi colono retentio, & insistentia ob eam causam in bonis, quæ ipse nec possidet quidē:* & cons. 45. num. 25 & consi. 58. num. 59. & 68. num. 63. y hallandose el dicho don Melchior administrando, y labrando el dicho heredamiento, por auersele dado en administracion el dicho Bartolome Ceruera hasta que se hiziesse pagado de esta deuda, quando este concurso se formó, y puso administrador a estos, bien le puede, y deue te-
8 ner hasta que sea pagado: cuya possessiō no se alterò por auerse secrestado, y entradolo a administrar el licenciado don Francisco Ortiz de Godoy, administrador que se nōbrò a los bienes concursados: Menoch. de retinend. poss. remed. 3. nu. 87. Grammat. decis. 61. num. 2. Thuscus verbo sequestrum, conclusione 206. numero 8. ibi: *Extende maximè quando vnus solus possidet. & propter debita iudex apposuit sequestrum, quia non priuat eum possessione:* sino que se conseruò en quien la tenia, como quiera que el dicho don Melchior aya entrado en el dicho heredamiento: l. vnica C. etiam ob chirographar. pecun. ex multis Ricio decis. 157. 2. p.

9 Y quando no posseyera oy el dicho heredamiento, para que se le pagassen las dichas mejoras, se le auia de resti-

 tuir

tuir, para que le retuuiesse en el interin, ne quis cum aliena iactura locupletaretur ex æquitate, l si me, & Titium, ff. si certum petatur, Tuscus litera M. conclus. 82. num. 13 Gaspar Thesau. lib. 1. q 79. Mariscot. variar. lib, 2. c. 113. n. 1. Gratian. discep foren. c. 195. n. 25. ibi: *Quibus adde quòd etiam rebus traditis nulla retentione facta melioramentorum non solum competit actio, & petitio ex supra allegatis, sed etiam incerti conditio per quam non impensa, & melioramenta, sed res ipsæ traditæ quasi earum traditio fuerit facta pinguius quam oportebat, & sic repetuntur ea, quæ poterant retineri, vt facta recuperatione illa postea retineantur pro impensis, donec super eis iudicetur, & quia hæc actio continet factum nudum retradendi, quod est omnino incertum, ideo appellatur conditio incerti*: ex Paul. de Castr. Valasc. Gartia, & alijs.

10 De lo qual se sigue no ser del intento, ni obstar dezir, q̃ las dichas menores por la dote de su madre son acreedoras hipotecarias anteriores con priuilegio de preferir, etiam ei, qui mutuabit ad refectionem, & reparationem, & ad meliorandum a el dicho Bartolome Ceruera.

11 *Porque* no lo siendo del dicho *Lucas Ceruera*, como no lo son, no pueden impedir la cobrança de las dichas mejoras por las razones dichas, y por que el priuilegio de la dote es contra el marido, y bienes que el mejorò, o comprò con dineros agenos; que es en el caso que procedan las leyes y doctrinas que de contrario se alegan, como se vera en ellas: no empero quando vn tercero mejora la cosa en que la muger pretende derecho de hipoteca, Thesauro qq. for, lib. 1. q. 71. num. 4 ibi: *Ego vero dicebam istam opinionem nullo posse iure defendi, nec admittendam in amplissimo consensu, vbi causæ non tam ex iure, quàm ex bono, & æquo diffiniuntur. nec enim hic ius permittit, nec æquitas suggerit, vt meliorationes lucro cedant creditoris, qui ius anterius in re habeat, & de iure hoc est clarum, primo per l. Paulus, §. domus, ff. de pignori, vbi æquitas ista secundum M. scripta non teneri possessorem ad rei pignoratæ restitutionem anteriori creditori, nisi melioramentis solutis quanti res est pratiosior facta.* Y por esta sentencia se decidio en aquel Senado, como parece de las finales palabras de la dicha decision, ibi: *Toto sedente Senatu in Camara reuisionum*

num fuit dictum esse prius soluendum pretium domus vendit e hære dibus mulieris, & illos esse præferendos pro concurrenti quantitate valoris domus ante factas meliorationes: no en el valor de las mejoras, porque este quedò para quien las hizo.

12 Y la decision, que la otra parte refiere, de que tambien se haze mencion en la dicha question, procedio con la distincion dicha contra el que prestò al marido, para que el mejorasse, vt constat ibi: *Cæterùm quia in prædicta causa non cōstabat pecuniam mutuantis fuisse versam in meliorationibus, nec ad eam causam mutuantur, &c.*

13 Y la razon es, quia meliorationes non acquirunt domino, nec cadunt sub hypotheca, nisi solutis expensis, d. l. Paulus, § domus, ibi: *Sed bonæ fidei possessores non aliter cogendos creditoribus ædificium restituere, quam si sumptus in extructionē erogatos, quatenus prætiosior res facta reciperent*: ex Bartol. Castrens. Iass. Fano, Ioan. Garcia de expensis, cap. 28. nu. 76. l. 15. tit. 13. par. 5.

14 *P*or la qual, & per l. 2. C. de præd & omnib. reb. nauic. tienen Bart. y con el infinitos Doctores, quod si aliquis emit aliquam domum alteri hypothecatam, & eam meliorauit, si ab eo euincatur per hypothecariam, liberatur pręstando primam extimationem, hoc est, soluendo valorem rei ante factas meliorationes, Thesaur. vbi supra, n. 5. Ricio decis. 263. p. 2. Cancer. var. cap. 6. numer. 67. p. 3. Gregorius in l. 15. tit. 13. par. 5. gloss. 3. Ioan. Garcia de expensis cap. 18. num. 7.

15 El qual con Socino Paris. estiende esta doctrina no solo en el caso dicho, sino quando la muger intenta vna accion reiuindicatoria contra los bienes que su marido cōpró ex pecunia dotali in subsidium, quia non est foluēdo, que es caso mas apretado que el nuestro, cuyas palabras son en el numero 81. *Itaque tertius, qui emit à maritorem illlā poterit ex communi, & recepta sententia offerre vxori agenti vtii rei uindicatione extimationem sicuti creditori, imò & excusionem, vt prius excutiantur mariti, & eius hæredum bona, & cum non sint soluendo oblata extimatione euitatur rei restitutio, licet totum debitū non offerat, quia facta hac oblatione, cessat causa illius vtilis dominij subsidiarij:* por ser assi, que las dichas mejoras, ni le está

hipo-

hipotecadas absolutamẽte a la muger, aunque lo estè la cosa mejorada, ni se le adquiere el dominio vtil dellas en el dicho caso, nisi solutis expensis, & meliorationibus: de que se infiere manifiestamente, que quando el dicho heredamiento fuera del dicho Bartolome Ceruera, y como tal estuuiera hipotecado a la seguridad, y paga de la dote de su muger; o que se le huuiera adquirido el dominio vtil de el, que no adquirio, por auerse cõprado antes que se casara, para poder obtener en el dicho derecho hipotecario, ocario, o de rei vindicacion, auia de ser solutis expensis, & meliorationibus, & non alio modo, y deuiendose pagar a el dicho Lucas Lucas Ceruera, que las hizo del precio de ellas, ha de cobrar la dicha doña Fabiana su dote, y el dicho don Melchior su deuda. Cuya justicia parece queda probada para obtener, que la sentencia de vista se confirme. Saluo in omnibus, &c.

Doctor Bernal Carrillo.